REGINA GLORIOSISSIMA,

ADVOCATA POTENTISSIMA,



SANCTISSIMA, AVGVSTISSIMA,

DOMINA REGUM,
LUX IUSTORUM.
LUMEN DOCTORUM.

LEGAL INSINVACION

POR EL COLEGIO DE TRINITARIOS DESCALZOS
DE LA CIVDAD DE MALAGA.

EN EL PLEYTO

CON LAS HIJAS VNICAS HEREDERAS DEL
Marquès de Cabriñana, difunto, vecino,
que fue de dicha Ciudad.

SOBRE

QVE EL JVEZ DE LA Sta. IGLESIA DE ESTA CIVDAD,
en no otorgar la Apelacion en el efecto suspensivo de la
Sentencia de Remate, que ha pronunciado en dichos Autos, como Juez Metropolitano del
Obispado de Malaga, en que revocò el
Auto difinitivo, dado por el Ordinario de dicha Ciudad en primera instancia, no
hace fuerza.

1 DEFENDER LA SUBSISTENCIA DE UNA causa piadosa, memoria, ò anniversario, que el año de mil setecientos y seis estableciò el Marquès de Cabriñana, difunto, vecino, que fue de la Ciudad de Malaga, de una Missa diaria annual perpetua, es el Religioso empeño del Colegio de Trinitarios Descalzos de dicha Ciudad; y la instancia de las dos hijas herederas del Marquès, Religiosas Augustinas Recoletas de la citada Ciudad, se dirige à impugnar este contrato, y persuadir, que su Padre no tuvo facultad para disponer estos sufragios, y espirituales alivios: y parece equivocacion de los recursos, que los extraños defiendan, como proprios; y los hijos obren, como extraños. Es el assumpto en el todo mil ducados: y es desengaño, que avisa, que un Padre, que por si mantuvo tan crecida decencia, y estimacion refundida en sus hijos, que les costeò su Estado Religioso, y les grangeò para que libres hayan percebido mas de 8ʒ. ducados, no pudiesse, por premio de su obrar, y aplicacion, reservar la memoria de una Missa, con estipendio tan leve, que no llega à numerarse por treinta y quatro maravedis. Muy tibia es la fineza de hijos, que practican esta instancia; veamos si à lo menos pueden disculparse con estar protegidos de Justicia.

2 Parece precisso encargo de esta representacion breve acreditar, que la sentencia de remate es fundada en Justicia: pues probado este supuesto, se destruye, y evacua lo opuesto, y deducido, sobre que esta consujecion à lo documentado, y prevenido por el señor Salgado *de Reg. part. 3. cap. 9. fere per&præcipue num. 5. 6. & 20.* donde la sentencia privilegiada en el juicio mas sumario, si incluye nulidad evidente, ò notoria injusticia, hace admissible la apelacion; y el denegarla, es violencia. Lo segundo, que la sentencia de primera instancia no vulnerò el instrumento, ni obligacion, en cuya virtud por el Colegio se pide, y executa. A estos dos terminos inclinarà el Colegio los que examina, concernientes al recurso. Quisiera satisfacer la obligacion de representar su justicia, sin tocar lo gravoso de molestia; mas si no pudiere consolidar los dos intentos, mitigarà su sentimiento la notoriedad, de que en tan Primer Tribunal, en constando lo arreglado de los fines, es como regalia del Superior disimular en los medios, cuya direccion es defecto de quien defiende, no de la Parte, que pide.

Primero Termino.

HA producido por evidente la experiencia, que lo mas, ò menos quantioso de los assumptos, no les confiere, ò quita el ser de dificultosos: y assi, aunque en este, lo que se pretende en principal, y costas podràn ser mil ducados, no por esto releva de tocar, y exponer las questiones, que se suscitan para razon de dudar, y las Doctrinas, que satisfaciendo inclinan à lo que se debe seguir, y decidir. Toda la invasion de las Herederas se funda en la *Ley 12. tit. 6. lib. 5. Recopilat.* declaratoria de dos del fuero, que siendo distintas, una permitia, que por donacion; y otra, que por acto de ultima voluntad. El Padre, ò ascendientes, sin embargo de tener hijos, ò descendientes legitimos, dispusiesse libremente del quinto de sus bienes, ò caudal; y para extinguir las dudas, sobre si havian de ser uno, ò dos quintos, determina, que por virtud de una, y otra Ley *no pueda mandar el Padre, ni la Madre à ninguno de sus hijos, ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida, y en muerte.* Y de esta legal decision se deduce por argumento, que no teniendo lugar en el quinto la disposicion, ò memoria, obrò el Padre contra la Ley: y determinar con oposicion à Derecho, es evidente nulidad, y notoria injusticia, que constituye apelable la sentencia de remate. Tambien se demuestra protegido de la *Ley 15. tit. & lib. eodem*, preceptiva para que la cera, y Missas, y gastos del Entierro se saquen, con las otras mandas graciosas, del quinto, no del cuerpo del caudal, aunque el Testador disponga lo contrario: en que parece indubitable, que el derecho, que el Colegio deduce para existir, y que se deba satisfacer en las facultades del quinto, se debe incluir, y contener; y pervertido este orden, se obrò contra la Ley, pues el contrato, en que se sufre el recurso, fue una donacion pura liberalidad.

2. Lo estudioso, y delicado de esta objeccion avisa de quien la hace; mas estamos en terminos tan distantes de los en que hablan estas Leyes, que conociendolos por contrarios la prohibicion expressa de aquellos, es aprobacion, y permission de estos. Que se limite lo voluntario, que tenga termino lo lucrativo, y liberal, està bien; mas lo oneroso, y preciso, y lo debido, solo se extingue con ser remunerado, ò pagado. No habla alguna de las Leyes en que la oposicion se funda, de quando obra, y obliga la causa necessaria, sino es la voluntaria: y siendo la pretension del Colegio reintegrarse de lo que se le debe por titulo preciso, y oneroso,

no es adequado todo lo dispuesto en donaciones simples, ò liberalidades. Esta disparidad es tan comun, como notoria; y reducida à compendio, puede en lo juridico explicarse, en que los sugetos, à quienes las donaciones proprias se deniegan, las remuneratorias se conceden, y los Estatutos, que hablan de unas, no militan en las otras. Guzman *de evict. quæst. 25. num. 37.* ibi: *Quia iura loquentia in donatione, non habent locum in remuneratione, utpote contractus onerosus essentialiter distans à lucrativo.* D. Francisco Antonio Benudelli (Autor moderno) *in sua Bibliothec. Iuris Civilis, & Canonic. verb. Donation. num. 9.* ibi: *Et cum talis donatio non sit propria, non venit nomine donationis prohibitæ.* Y en ello se hace regresso de las disposiciones, y reglas de Derecho. D. Valenzuela Belazquez *consil. 97. num. 20. Leg. hoc iure, §. stipulationes. Et §. denique, ff. de donationib.* se prohibe entre los coniuges las donaciones, ò liberalidades, y se permiten las remuneraciones. *Leg. quod autem, §. si vir uxori, ff. eodem,* se deniega la donacion propria inter Patrem, & filium. *Leg. donationes quas Parentes, C. de donation. inter vir, & uxorem.* Y en siendo remuneratoria, se permite. Gutierrez *de iurament. confirmat. part. 5. cap. 4. in princip.* D. Valenzuela *vbi supra num. 23. & 24.* El Menor, ni su Tutor no pueden practicar las liberalidades, ò proprias donaciones; si las remuneratorias. *Leg. Aquiliis regulus, ff. eodem.* Barbosa *in Collect. decretal. Capit. relatum, de testamentis,* con Tiraquelo, Graciano, Surdo, y otros, que cita al num. 7. Antunez *de donation. lib. 1. prælud. 2. n. ex 35. usque ad 38.* A los Obispos se les prohibe donar in infirmitate constitutus por disposicion de Pio IV. y el *Cap. relatum* ya citado. Y por este mismo lugar se les permite la remuneracion, ibi: *Iuxta servitij meritum.* Barbos. *votis decis. à el 101. num. 36.* lo mismo al liberto: *Leg. vibus, ff. si quis in fraudem patroni.* De modo, que todos los assumptos, en que no hay proporcion en los disponentes para liberalidades, ò puras simples donaciones, la tienen sin controversia para remuneraciones: Luego las Leyes del Reyno, que establecen en los terminos de donacion, ò de ultima voluntad, no incluyen las disposiciones onerosas, ò remuneratorias; antes si *stat probatum,* que la prohibicion en los casos, y terminos, que prescriben, ò expressan, inducen permission para el caso, que se trata: ò que, como no alteradas antes à existentes, corren, y obligan las disposiciones de Derecho Comun. Y era necessario, para que el assumpto del pleyto se sujetàra à dichas Leyes, que previnieran, que las deudas para ser pagadas, havian de tener lugar en el quinto, y que no se exigiessen del cuerpo del caudal, lo qual ni lo establecen, ni pueden; pues solo se entiende proprio el residuo, que quedasse deducto

 ere-

erealieno. Lex *Nihil aliud, ff. de verb. significat.* Dom. Solorz. *lib. 2. cap.* 10. cum alijs.

9 No se defiende, que la donacion, en siendo remuneratoria en concepto absoluto, ò generaliter loquendo, pueda contemplarse como deuda, y tener el privilegio de exigirse del todo del caudal, sin regulacion à las facultades del quinto: No porque para esto falte opinion probable, instruida por Juristas, y Moralistas, que recopila el Padre Sanchez *libr. 6. d. 36. num. 2. & 3.* y por si la declara por tal ibi: *Et hæc sententia est probabilis.* No es el intento inclinar la Superior consideracion de la Sala à lo que se conoce probable, si à lo mas probable; pues se tiene presente la Bula del Señor Innocencio Vndecimo, expedida el año de 1679. en que se condena entre otras Proposiciones la siguiente: *Juzgo probable, que el Juez puede juzgar, segun la opinion menos probable.* Y supuesto este Dogma Catholico, se arregla el Colegio à pedir lo mismo, que debia como Juez sentenciar; y tambien teniendo presente las dos probabilidades, que instruyen los A. A. intrinseca, y extrinseca, pues en este concepto todos convienen, en que si el servicio, y meritos, que se han de remunerar son de tal naturaleza, que sobre ello podia ser reconvenido, y resultaba obligado al Donante, estàn sujetas las legitimas: y asi se ponen esta limitacion los que siguen por mas probable, que la remuneracion no ha de practicarse, sino es con regulacion al quinto. Ita Pater Sanchez ubi supra num. 4. en que aclarando su opinion (que dice ser mucho mas probable) la limita *quando remuneratio non est debita lege institiæ*: Luego quando fue *debita lege iustitiæ minuit legitimas*, es constante; pues esta palabra *nisi* produce condicion. Pareja *de instrum. edic. tit. 5. resolut. 8. num. 6.* Dom. Salgad. *de Retent. part. 2. cap. 27. num. 25.* August. Barbos. *dict. 37. Leg. quibus diebus, §. quidam Titi. ff. de conditionibus. & Leg. 1. §. idem scribit, ff. de positi.* Y que esta voz *nisi* induce forma, el señor Salgado *ubi supra num. 26.* Y asi la opinion del Padre Sanchez no es absoluta, sino es condicionada, y la reitera al num. 5. baxo de la distincion de obras, ò servicios obsequiales, ò los que producen obligacion. En este concepto està el señor Cobarrubias *tom. 1. de testament. cap. 7. num. 37. in fine*, ibi: *Posset tamen hic effectus admitti, quando ministeria operæ beneficia ob quæ remuneratoria donatio fit eius esset conditionis, ut in iudicio Pater conveniri posset ad remunerationem.* Gutierrez *de iurament. confirmat. p. 1. cap. 5. n. 26.* en el concepto de no ser meritos, ò servicios obsequiales, sino es artificiales. Y al n. 33. ibi: *Et si extraneus probaberit aliquod debitum excedens dictum quintum, tum quidem solvendum est non ratione prædictæ donationis, sed ut debitum.* Tello Fernandez *in leg. 28. num. 3.* Con

la

la limitacion de los demàs Authores, que và ya insinuada, y distincion referida de constituirse la remuneracion causa neccessaria. Gomez *in leg. 25. Tauri*, que es la ley 12. ya citada *Novæ Recopilationis num. 23.* Mieres *de Maioratibus part. 1. quæst. 22. num. 165. vers. Quod donatio.* Matienzo *leg. 1. tit. 6. lib. 5. Glossa 2. num. 4.* Acebedo *lib. 5. tit. 6. lib. 6. num. 22.* Y estos recopilan crecido numero con duplicadas materias, que evidencian la naturaleza, y privilegio de la remuneracion con causa precisa, ò que produce obligacion cibil; y todos sus lugares concluyen: Que siendo el contrato dirigido à remunerar meritos, ò servicios, para cuya satisfacion no havia obligacion, se questiona por probable; si ha de exigirse del cuerpo de el caudal, ò contenerse en el quinto; mas en el supuesto de que motivassen obligacion legal, corren las reglas de deuda, y en esto no hablan las Leyes, de que se vale la contraria para su oposicion, y objeccion, y es caso distinto, è inadequado à su thenor.

6 Tenemos representado lo que previenen las disposiciones de Derecho; mas nos resta averiguar dos reparos: Si el establecimiento de la memoria, sin anteceder los meritos, ò servicios à que se destinaba, y dirigia, sino es haviendo de ser subsecuentes, sea bastante para constituir remuneratoria la donacion, ò precise que antecedan? Lo segundo: Si este contrato produzca judicial accion, y qual sea? En lo primero muchos anotan por preciso antecedente los meritos, ò servicios, que han de remunerarse: El señor Solorzano de Iure Indiarum, lib. 2. cap. 7. num. 30. fol. 91. con el Text. in leg. continuus, 136. §. eum quis, ff. de verborum obligationib. ibi: *Non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum præsentis, stimari debet stipulatio.* D. Francisc. Antonio Benudell. in sua Bibliotheca Iuris Civilis, & Canon. verb. Donation. num. 17. Y otros contextan, fundandose en que no puede ser con proporcion remunerado, lo que no resulta liquido, ni conocido; y esta ambiguedad, y defecto de la causa, impide que pueda remunerarse en justicia: y no se necessita impugnar esta opinion, para fundar la justicia del Colegio, pues los mismos Autores, tocando la question mencionada, entran limitando su assercion en el caso de que fue deducido por pacto, y convencion el servicio, ò merito obligatorio, y à cuya remuneracion se relaciona lo estipulado, y contenido en el contrato, *nisi merita futura deducantur in pactum.* Benudelli ubi supra. El señor Solorzano num. 98. *Quod est contra ea, quæ modo resolvimus, nisi ea temperetur, ut servitium præstandum, in conventionem deducatur tempore collationis commendæ, & ei æquivalens sit, quemadmodum ob eamdem rationem donatio ob servitia futura, dicitur etiam remuneratoria.* Tiraquel.

in leg. Si unquam, verb. *Donatione,* num. 93. Matienzo ley 15. tit. 10. lib. 5. Glos. 2. num. 2. Baeza de non melior. filiab. cap. 17. num. 21. in his verbis, ibi: *Quod videtur probabilius.* Antunez de donat. lib. 1. prelud. 2. num. 36. Lex hoc iure, §. Denique, ff. eodem, ibi: *Quia ob rem facta est, & res secuta est.* Y la Glossa, ibi: *Ob rem futuram.* Ley 6. tit. 4. partit. 5. ibi: *Diciendo señaladamente quando face la donacion, que lo dà, porque estè el otro todavia guisado de caballo, y armas, para facerle alguna cosa.* De modo, que quando se deduce convenciona, ò pacta lo que ha de executarse, para cuya remuneracion se dirigia lo que se entregaba, ò daba, no se duda, ni disputa ser suficiente para producir la remuneratoria donacion: Y el motivo es claro, como instruye el Antunez; en este caso no hay liberalidad, y obra el Donante en el conocimiento de dexar assegurado lo pactado, y convenido, trata de satisfacer el beneficio, y utilidad, que assegura, y practica el entrego, como preciso medio para su utilidad, sufragio, y alivio, y es propriamente empezar à cumplir de su parte, para constituir su accion eficaz, y obligar, ò sus herederos à el que pactò, y se obligò à practicar el servicio, obra, ò sufragio à que mira por objecto la remuneracion à lo que conduce, y à quando pueda cederse la accion, que resulta para la remuneracion la doctrina del señor Olea de cessione iurium titul. 3. quæst. 8. num. 35. 36. & 37.

Aora (Señor) entiendo yo la propriedad, con que à estos entriegos se les publica en la authoridad legal estar fuera de reglas de donacion. Lex hoc iure, §. labeo, ff. de donationib. ibi: *Labeo scribit, extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, ut putà si satis pro te dedero: si tibi ad fuero, si qualibet in re opera, vel gratia ex usus fueris.* Y al §. Sed. ibi: *Sed hæc stipulationes, quæ ob causam fiunt non habent donatiomem.* Estos son contratos, que se perficionan rei interventu, y careciendo por su variedad de peculiar nombre, ocupan la clase de innominados. Gomez tom. 2. var. cap. 8. num. 1. Y por esto precisa atender las convenciones de las partes, para conceptuar lo essencial de la obligacion. Ayllon addictionat. dicti Authoris, con Mantica, Molina, Pichardo, y otros muchos. Y à la donacion remuneraroria unos la tienen por permutacion, Lex sed, & si lege, §. consuluit, ff. de petition. hæredit. y otros por compensacion. Y es la causa que esto produce, la misma que los Authores reparan de ser contracto innominado, y como tal ambiguo, y vario en su acepptacion. Antunez lib. 1. prelud. 2. à el num. 33. dice ser permutacion; à el 35. instruye ser compensacion, y à el 30. ibi: *Imo dicitur contractus innominatus verè, & propriè, do, ut des.* Guzman de evict. cap. 25. num.

num. 41. con Cancerio, y otros. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 13. tit. 2. num. 9. Dom. Castillo de usufructo lib. 3. cap. 4. num. 40. ibi: *Idque multum convenit communi scribentium omnium sententiæ, qui pro certo constituunt quod donatio facta inter virum, & uxorem ex causa remunerationis, non est propria donatio, sed debiti solutio, & dicitur potius contractus onerosus permutationis; aut venditionis, quam lucratibus.* Y que siendo la causa que influye perpetua, lo sea igualmente la remuneracion. El señor Solorzano de Iure Indiarum lib. 2. cap. 30. num. 15. & 26. Y supuesto por antecedente todo lo insinuado, es preciso una reflexion; para afianzar la disparidad de los terminos, que se litigan; y los que incluyen, ò en que hablan las Leyes del Reyno, cuyos establecimientos se oponen por prueba de la injusticia notoria, que se atribuye à la sentencia de remate. Dicen estas Reales disposiciones, que lo debido por causa onerosa se hayga de exigir del quinto, y con regulacion à sus facultades? Hablan de lo causado, y debido, en fuerza de un contrato, *do, ut des*? Tiene esto pariedad con los legados, y mandas graciosas? Se cree, que el respecto de la Ley assegura la respuesta à favor del Colegio, à vista de tan evidente, como conocida distancia, verificada entre las especies de las dos Leyes, y lo que el Colegio pide? Luego no arguyen, ni prueban injusticia, ni aun el mas leve reparo contra la sentencia de remate; antes se examinan evidenciados los fundamentos con que el Juez de la Santa Iglesia ha obrado, y procedido.

8 Què fue el contrato celebrado entrè el Colegio, y el Marquès de Cabriñana, sino es entregar mil ducados en el valor de una casa, y con el encargo perpetuo (deducido en convenio, ò pacto) de decirse por los Religiosos del Colegio una Missa diaria, *do, ut des*; un contrato innominado; una causa onerosa, una remuneracion, ò compensacion de las personalidades, y asistencias, ò un estipendio por los perpetuos sufragios, en cuyos terminos de pacto dicendi Sacrum, habla Don Francisco Mostazo de causis pijs lib. 2. cap. 3. num, 22. ibi: *Pactum dicendi Missam pro stipendio, onerosum est; itaque nisi aliter constet, præsumendum est, fieri ad pretij æqualitatem, ut est taxa stipendij, quamvis Sacerdos sciat minus stipendium accipere.* Hallamos el punto, que se controvierte, recebido en la legal censura por oneroso; y las objecciones, que se suscitan, militan en terminos de lucrativo: en aquel tiene lugar la eviccion, principie la remuneracion *à traditione*, ò no; y por el contrario en este. Guzm. de evict. quæst. 25. num. 37. con el Cardenal Tusc. Caldas de emptione. Boerio, Gomez, cuyos lu-

ga-

gares terminantes cita, y la defensa và ceñida à caso de remuneracion, que influya jus agendi. Mas el señor Solorzano sigue, y defiende, que para la accion de eviccion no necessita de tanta eficacia, y que es suficiente concurran meritos, que estimùlen la gratitud, y que esto sigue la comun Escuela de los Authores, lib. 2. tom. 2. de Jure Indiar. cap. 10. num. 38. En este concepto de ser causa onerosa, contrato innominado, haverse cumplido por el Colegio, no haverse probado fraude por parte de las Religiosas contra su Padre à el tiempo del contrato, ni que de èl fuesse participe el Colegio; antes si resulta la justa causa con que obrò el Marquès, persuadido à que las Religiosas, que piden eran como extrañas, por la renuncia, que tenian hecha à el tiempo de recebir sus dotes para professar, y que para satisfacion de sus derechos havia entregado à Don Diego de Argote, del Orden de Santiago, en quien renunciaron sus legitimas, cerca de docientos mil reales (fol. 91.) confiessa el respecto, y rendimiento de quien defiende no ha encontrado su deseo Author, que impugne transcender la accion ultra quintum, porque no proviene, ni es causada de origen igual à los terminos en que hablan las Leyes del Reyno, por fundamento de contrario deducidas, y que ya vàn citadas: por lo que es adequado el lugar del Cardenal de Luca disc. 17. de donationib. num. 11. ibi: *Atque hinc semper edocemur, judicandi, seu consulandi, vim non consistere in regulis, ac propositionibus generalibus, vel in doctrinis in suis casibus forte veris, sed in applicando, congrue activa passibilis, justa præcissos controversiarum casus, eorumque particulares circunstantias, dum plures propositiones sunt in suis casibus veræ, & in alijs extraneæ.* Cap. occidit. Phinces, causa 23. quæst. 8. ibi: *Quanta cumque alia ipsis operibus acciderunt diligentissime inquiramus, non enim possumus ad veritatem aliter pervenire.* Ciertos son los fundamentos con que doctamente la defensa contraria se ha introducido: cierto, que su persuasion, y eficacia trae los caracteres mas proprios de justicia; pero no puede dexar de examinarse la violencia, à el passo que el genio, y estudio sutiliza: porque el hecho, ò verdad comprimido, està por disposicion Canonica assimilado à la Aroma, que confiere olores mas fragrantes, que avisan donde reside, ò assiste, quanto mas se oprime. Politic. Bobadill. lib. 2. cap. 5. num. 11. sub littera *h.* Barb. in votis decissiv. à el 117. num. 3. Capit. Grave 35. quæst. 9. No se dificulte (por ahora) que las donaciones practicadas sin mas causa, ni respecto, que la instruida por la Ley 1. ff. de donat. *ob liberalitatem, & magnificentiam*, han de ser con proporcion à las facultades del

quin-

quinto los legados, y mandas graciosas, el Funeral, y Missas; pero no hay Ley, que esto disponga en las disposiciones remuneratorias, ni se examina opinion, que lo siga, quando en la remuneracion se procediò por ser debida lege justitiæ. Y en esta inteligencia la sentencia de remate es tan arreglada, està tan protegida de justicia, y razon, que excluye en su execucion todo recurso de fuerza; porque no puede verificarse quando el Juez procediesse separando, y conociendo los assumptos con la disparidad, que acreditan los autos, y fundamentos expuestos de lo que establecen las disposiciones legales con que se han commovido, y pretextado las objecciones.

3 Muchas questiones podian tocarse, cuyas resoluciones authorizan, que por causa onerosa el Padre puede obrar, y disponer, desfalcando las legitimas, cessando el fraude de parte de los contrayentes, tan activè, como passivè, de quo Cancerio tom. 1. var. cap. 8. num. 129. Hermosill. lex 8. tit. 4. part. 5. Glos. 13. numer. 13. Dom. Covarrub. in cap. Rainuntius §. 11. num. 9. in fin. Y tocando sobre si en terminos de dissipar con notorio fraude el Padre el caudal, puedan los hijos pretender se les assigne legitima para ser mantenidos, no obstante de que en este caso se supone el fraude, y perjuycio, que conspira à el mas prompto remedio, aunque el dictamen de los A. A. se divide por la afirmativa, y negativa opinion, pues una, y otra està authorizada de fundamentos gravissimos, resuelve el lugar del Sr. Molina de prim. lib. 1. cap. 16. (en su impression novissima) num. 8. & 9. ibi: *Prima tamen opinio æquior est, quamvis contraria juris rigore considerato verior sit; siquidem juris rigor permittit parenti, ut bona sua in mare projiciat, moralis tamen ratio contrarium dictat, cum Reipublicæ expediens sit, ne quis re sua male utatur, & ne filij fame, moriantur.* Es de notar, que si en procedimiento notoriamente de dissipacion, cō evidente fraude, y agravio contra los hijos, para separar del libre manejo à un Padre, solo en lo precisso à la manutencion del hijo, *ne fame pereant*: Este gravissimo Author contra el señor Castillo, y otros, que laudan sus Adentes, en el lugar referido, previene, que en rigor de Derecho no se le puede contener, ni impedir: Què dirèmos corresponde en una disposicion en la cantidad tan corta, en el beneficio, y sufragio perpetua, y de que participan, como hijos, las proprias partes, que la impugnan, sin necessitar de extinguir esta memoria para su decencia, estado, ni manutencion? Pues esto, sin los bienes en la particion percebidos, estaba con su profession, y dotes assegurado. No parece

crei-

creible, que el hecho actual, si fuesse representado à los Legisladores de los establecimientos, con que se impugna, aun constituyendole en los terminos, que especifican, dexàran de exceptuar el assumpto, por lo que sus qualidades preponderan, è inclinan à su conservacion; y mucho mas quando diversifica en el todo. Y si atendidas las limitaciones, ò termino puesto à los Padres por las citadas Leyes, las tienen por rigorosas los A. A. como refiere el Padre Sanchez lib. 6. disp. 38. num. 8. Tello Fernandez in leg. 29. num. 4. in fin. versic. *Sed hæc omnia*, propè finem. Como ha de permitirse extension, quando no consiste la diversidad en las qualidades, ò accidentes; si en la substancia, ò essencia? Por lo que omitiendo, como và dicho, todo lo que sea dispensable, no se agregan otras questiones; que sus resoluciones evidencian la justicia, con que el Colegio continùa su instancia.

10 Mas: Puede ser se dificulte, que en la Ley Real tambien se excluyen los legados piadosos, porque se sujetan las disposiciones, que se destinan à decir Missas, y practicar lo que conduce à el Funeral, sin que sirva que el Padre disponga lo contrario. Y parece se corrobora este concepto con que las donaciones piadosas hechas con perjuicio de las legitimas de los hijos no existen; aunque sean destinadas para exonerar la conciencia, compensando, ò restituyendo. D. Francisco Mostazo de causis pijs lib. 1. cap. 3. per tot. Baeza de non melior. filiab. cap. 17. num. 6. Et cap. 11. num. 85. Gutierrez de jurament. part. 1. cap. 5. num. 28. D. Olea de cess. jur. tit. 4. quæst. 5. num. 16. D. Castill. tom. 5. controv. cap. 111. num. 11. D. Valenzuel. tom. 2. consf. 174. num. 1. Et consf. 86. num. 5. tom. 1. D. Vela disert. 42. num. 1. Text. in leg. Qui testamentum, ff. de probationib. & alij, que contestan no poder existir tales donaciones *in causam Dei*, ni ser gratas en la aceptacion de Dios; pues sacrificios costeados con detrimento de tercero, en la superior presencia del primer Tribunal tienen repulsa; no son obras piadosas, sino es de injuria. Luego siendo el establecimiento de la donacion remuneratoria, que el Colegio defiende precisamente inductiva deste perjuicio, y agravio, aunque se relacionasse à el fin de los sufragios perpetuos, ò Missas, no exime este, respecto de lo principal à que fue dirigido el establecimiento, y su prohibicion. Esta es la replica, cuyas voces parece no dexan arbitrio para defender, quando sobran razones en el hecho de los Autos, para evacuar, y satisfacer supuesta, y verificada, como notoria la disparidad.

Quando

11 Quando el Testador previene por ultima voluntad, què se practiquen sufragios, quando inter vivos hace donaciones piadosas, como pura liberalidad: Tunc se deduce *in conventionem*, *vel pactum*, lo que de parte del que es remunerado ha de obrarse, la pension, y encargo, que ha de cumplirse? Tunc, se halla (quando hay legado, ò pura donacion) cumplido por dilatado tiempo, y verificado el servicio para que ni aun fue competente lo pactado, estipulado, ù ofrecido? Tunc, se dirà que hay un contrato innominado *do, ut dès*, ò una remuneracion, que segun Baeza de non melior. filiab. cap. 17. num. 15. se reputa como venta en lo oneroso, ò segun lo anteriormente fundado, por permutacion, ò solucion de lo debido? Claro es que falta todo lo insinuado en los legados, y en las donaciones purè liberalidades; y como lo que influye la diferencia no es lo piadoso, si lo oneroso, que dexando el ser de voluntario, constituye lo que resulta, como preciso, y debido. por esso no obstan las expressiones anotadas, ù otras, que consisten en terminos de las referidas; porque si no hay pariedad de los contratos, ò causas necessarias à los voluntarios, ut est notum, & tradit Dom. Olea de cess. iur. tit. 2. quæst. 2. num. 5. & 6. ni la prohibicion de estos transciende, ò es adaptable à aquellos. Lex alienationes, ff. fam. hercisc. ibi: *Duntaxat voluntarie, non quæ causam necessariam habent.* con el señor Castillo, Lara, Surdo, Scacia, Graciano, Merlin, y otros. Assi fuera reparable persuadirse, que de las prohibiciones legales terminantes à causas lucrativas, se permitiesse pariedad à las onerosas, ò remuneraciones debidas (principalmente) lege justitiæ, y en terminos de que *res non est integra*, por estar cumplido por el Colegio con el encargo de Missas, en tiempo de mas de veinte y quatro años, por el estipendio tan corto, como improporcionado à lo que disponen las Synodos de el Obispado de Malaga, y de su Tribunal Metropolitano, perjuicio, y descubierto, que importa en dicho tiempo mas de diez y seis mil reales: y haverlo tolerado, y silenciado, ò consentido el Colegio, se reconoce fue por la perpetuidad, y certeza de los mil ducados de la dotacion. Y assi, no solo siendo preciso, que la memoria, y donacion remuneratoria exista; mas si por possible se le diesse lugar à lo contrario, era indispensable reintegrar el justo estipendio, que và referido: Con que mas perjuicio es pagar diez y seis mil reales, y que la fundacion cessàra, que reintegrar los nueve, ù once mil reales, y que continùe, y prosiga.

12 El señor Larrea en sus Decissiones à la sesenta y seis, recuerda una donacion inter vivos, practicada con el encargo de cierto nu-

me-

mero de Missas ; y haviendola impugnado el Donante , preten-
diendo su nulidad , fue esta declarada , y concedida : y poniendo-
se por objeccion el que este era un contrato innominado , ò do-
nacion remuneratoria , satisface con terminos proprios del assump-
to , que consisten en que el recurso para alterar esta obligacion tu-
vo lugar : Lo primero , porque las Missas , ò sufragios quedaban
diferidas à el tiempo despues de fallecer ; y antes podia sin riesgo,
ni agravio qualquiera de las partes *pænittere* , ibi : *Nam in donatione
ob causam re adhuc integra ex latere eius , qui recipit , quando scili-
cet causa ob quam datum , secuta non est , licitum est donanti pænit-
tere , & cum donatrix ideo donaret , ut post mortem suam Missarum
sacrificia celebraret donatarius , recte poterit donatrix , pænittens repe-
tere , nec impedit nondum tempus pervenisse , & paratum esse donata-
rium , cum tempus advenerit implere, quia adhuc reintegra poterit , qui
dedit pænittere.* Y el segundo , porque excedia en mucho lo entre-
gado à el regular estipendio ; y en este excesso siempre la donacion
no podia gozar los privilegios de remuneratoria. Y si para la de-
cision de aquel Superior Tribunal habilitò meritos lo que và re-
ferido , en el caso del actual assumpto en que se evidencian los con-
trarios , como havia de evacuarse el contrato constituido , y gra-
duado en parage , en que no de otro modo podia concederse li-
bertad à las partes obligadas , como herederas , que dexando à el
Colegio con el agravio de haver cumplido , y no quedar satisfecho,
ni remunerado ; antes si frustrado el motivo , ò respecto por què
se pudo consentir , y consiente en cumplir , y haver cumplido con
el encargo de las Missas diarias con remuneracion tan corta ? Mo-
tivos porque se ha dicho , que si al contrato faltò el ser de remu-
neratorio , es por el termino , que se convence mas justificado , y
fundado el recurso del Colegio , en quien no parece que con ante-
cedentes tan notorios se le puede disputar lo legal de la obligacion en
que se funda, y legitima accion con que pide.

13 Mas : El lugar del señor Olea tit. 4. quæst. 5. num. 16. que
propuesto por objeccion consterna ; y hace dudar , por la gran au-
thoridad del Author : bien atendido hace à favor de este intento,
por consideracion distinta de la que và insinuada , ibi : *Inde est,
ut Pater non possit filiorum legitimas minuere , etiam si legasset ad exo-
nerationem conscientiæ , & in male ab latorum restitutionem.* A el ca-
pit. quicumque 10. quæst. ultim. Y prosigue dando claridad à su
doctrina , ibi . *Nisi aliter quam ex parentis confessione , sordida , &
male adquisita probarentur.* El derecho del Colegio se funda en un
instrumento , que prueba , y convence por cierta la obligacion
otor-

otorgada por el Marquès, y que de cargo del Colegio solo fue el cumplimiento diario perpetuo annual de los sufragios, que se pactaron, y estipularon: y quando las obligaciones tienen tan evidente prueba, que las acredita precisas, entonces no niega el señor Olea, que transciende à las legitimas la obligacion para el pago, pues no han de acaudalar los hijos con los derechos, y efectos extraños.

14. Se ha tocado en uno de los informes de la vista de este Pleyto, para que no se conceptùe la fundada justicia del Colegio, que siendo el situado, ò estipendio, que corresponde por reditos de los mil ducados del principal de la dotacion, menos del que compone à treinta y quatro maravedis las Missas, que se dicen en cada un año, que no se havràn dicho, sino es que el Colegio, ò sus Prelados se havràn arreglado à moderar los sufragios segun la tassa del estipendio: y esto no puede presumirse, porque fuera delito el practicarlo, contraviniendo, y desatendiendo diversas declaraciones del Sagrado Concilio, y con especialidad las que cita Barbosa in Collect. Doct. in Concil. Trident. sess. 22. cap. 1. numer. 4. Y aunque hay opinion, que con toda extension cita Mostazo de causis pijs lib. 2. cap. 3. ex num. 17. sobre que estas declaraciones de la Sagrada Congregacion estàr suplicadas, ò no recebidas, sin embargo de la duda, que esto tiene, resuelve este Author, *quidquid sit de hac acceptatione*, siempre que huvo convencion expressa, ù obligacion, se ha de obrar segun lo resuelto por la Sagrada Congregacion, cuyas palabras daràn termino, y satisfacion à este reparo, ibi: *Deinde ubi pro pluribus Missis, & iam eiusdem qualitatis celebrandis plura stipendia, quantuncumque in congrua, & exigua, sive ab una, sive à pluribus personis collecta fuerint, aut conferentur in futurum Sacerdotibus, Monasterijs, Conventibus, Congregationibus, Domibus aut alijs pijs locis, quibuscumque tam Secularibus, quam Regularibus, Sacra Congregatio sub ob testatione Divini judicij mandat, ac præcipit, ut absolutè tot Missæ celebrentur, quot ad rationem attributæ eleemosynæ præscriptæ fuerint, ita ut alioquin ij, ad quos pertinent, suæ obligationi non satisfaciant, quinimò graviter peccent, & ad restitutionem teneantur.* Y dà razon de tan poderosas prevenciones Mostazo ubi supra, porque de lo contrario era engañar à el Fundador, ò Donante; y no siendo esto presumible en el Religioso Estado, igualmente no es alegable, ni parece necessita mas esfuerzo para la exclusion del concepto contrario, quien si se huviera separado de excepciones de nulidad, y tratado de satisfacer su escrupulo, en quanto al cumplimiento de onus, ò encargo de Missas,

fas, y solo alegado sobre esto en la primera instancia, se le convenciera mas de que carece de justicia en este reparo, que expressa.

15 Por los fundamentos suscitados parece estar acreditada la obligacion, y propria accion *efficax*, *vel jus agendi*, que produce el contrato escripturado, en cuya virtud el Colegio ha pedido, y el Juez sentenciado, y destruye la notoria injusticia, que se pondera incluir esta determinacion, sobrando para conocerlo, y explicarlo, que como và reiterado no tratan de la sujeta materia las Leyes con que el recurso executivo se impugna. Pero lo mas en que el Colegio cifra su confianza, à el passo que le motiva extrañeza; es: Que quando el derecho, que se litiga fuesse una pura liberalidad, ò donacion simple con sujecion à las summas, ò facultades del quinto, sin embargo era notoria la justicia, con que el Juez de la Santa Iglesia pronunciò su sentencia: y aunque esta expression dilate algo el Informe, siendo à el fin de excluir dudas, ha parecido fuera culpable omission no insinuarlo.

16 Ya queda fundado, que las fundaciones en que no habilita el ser de remuneracion, se arreglan al quinto; y quando fuessen practicadas *favore animæ*, *vel piæ causæ*, proponen los Authores si fuesse la donacion no crecida, sino es moderada, y que à los hijos les queda libres lo competente para su estado, y decencia, existiràn no obstante las prevenciones de las Leyes Reales, y de la 8. tit. 4. part. 5. que manda: *Finquen libres à los hijos las legitimas.* Aunque son muchos los Authores, que suscitan esta especie; se procura authoricenla afirmativa los que en lo principal se citan por cótrarios. Baeza de non melior. filiab. cap. 27. n. 2. & fere per tot. Gutierrez de jurament. part. 1. cap. 5. num. 28. versic. *Poterit tamen.* Aunque se siga à los hijos algun perjuicio, en no siendo notable, ibi: *Si ex hoc filijs parum præiudicium induceretur.* Pater Sanchez de matrim. lib. 6. d. 38. num. 12. ibi: *Vltimus dicendi modus est, qui præ cæteris, mihi arridet, donationes non immodicas factas prudenter pro modo substantiæ, & qualitate personæ, & quas his attentis postulat recta ratio, atque bonorum administratio fieri non teneri parentes computare in quinta bonorum parte, sed pertinere adsumptos ordinarios, & ad bonorum administrationem secus si limites prudentiæ, & huius rectæ administrationis excedant. Quia ita interpretatur praxis, & cum pater legitimus bonorum administrator sit, arcendus non est ab ijs, quæ recta, & prudens administratio postulat.* Angulo de meliorat. l. 12. Glos. 1. numer. 26. Molina de iustitia, & iure tom. 2. tract. 2. disp. 282. Rodrig. Suarez in leg. Quoniam in priorib. in declarat. Leg. Regn. Lim.

1. fol. 133. num. 2. ibi: *Quæ conclusio habet maximam æquitatem, ut scilicet, statutum prohibens ultra certam summam relinqui piæ causæ limitetur, nisi testator sit, vel esset homo ditissimus, & amplissimo patrimonio suo aliquid non nimis ultra quintum relinqueret pijs causis pro remedio animæ suæ ex quo non multum gravantur filij, nam valevit tale relictum favore animæ, & piæ causæ, & sic iudicarem, & consulerem, si casus occurrisset.* Y dando solucion à el cap. Quincumque, y la authoridad de San Augustin, y à otros, que en lo demonstrativo generalmente siguen no poderse disponer *ultra quintum*, dice, ibi: *Inteligendum est videlicet quando ex tali relicto sequeretur totalis privatio, & ex hæreditatio filiorum, non autem cum delato sive amplo patrimonio Testator de certa particula disponeret pro remedio animæ suæ.* Y à esto no se opone Tello Fernandez, ni es en lo q̃ impugna à Rodrig. Suar. si sobre la question de quando las disposiciones en corta cantidad paulatim practicadas, componiendo en el todo crecida summa, se havràn de imputar en el quinto, lo qual no se disputa en el Pleyto; solo si el que la donacion piadosa executada con algun perjuicio de las legitimas; pero proporcionada à las circunstancias del sugeto, ha de existir, y que esta es la comun inteligencia, y practica, como dice el Padre Sanchez ubi supra, ibi: *Quia ita interpretatur praxis.* Et idem Gutierrez 2. pract. quæst. 68. versic. *Quid.*

4 Estas doctrinas se enlazan con otra duda: A quien pertenezca la regulacion de si fue excessiva la disposicion; y commensurar las circunstancias del disponente, si los hijos tienen lo competente à su estado, y decencia? Todos contestan toca à el arbitrio de el Juez con la prevencion de que esta consideracion ha de ser *in concreto*, no *in abstracto*: De modo, que si se atiende à un Titulo de Castilla, que mediante las renuncias en cuyo conocimiento obraba, las hijas, que oy pretenden eran extrañas; y que à el sugeto, à cuyo favor renunciaron tenia el Marquès entregado cerca de docientos mil reales, que el Marquès era rico, y las partes, que oy piden, quantos bienes pretenden les supercrecen, y sobran, pues en su Estado Recoleto, con sus dotes asseguraron manutencion, y decencia vitalicia, se hallarà ser muy distinto de si las pretendientes fuessen sugetos pobres, onerados, ò expuestos à el cuydado de una familia, en quienes la mayor piedad es debidamente mantenerla, y que tambien han percebido lo demàs que và insinuado. Y si es creible del Religioso obrar, que todo lo dediquen à obras de piedad, para què quieren derogar lo que despues han de establecer? Pero no haziendo digression del assumpto, hallamos, que

el

el Juez de la Santa Iglesia en el assumpto reparado, tenia preciso lugar su arbitrio. Baeza dict. cap. 27. num. 9. Molin. de iustitia, & iure ubi supra, con otros muchos. Y en el caso de obrar su arbitrio, como ha de fundarse la injusticia notoria? Ex traditis, & eruditis à D. Salgado de Reg. protect. part. 3. cap. 13. fere per totum. Y en el cap. 9. ead. part. num. 36. ibi: *Tamen ubi ex adverso aliquod oponitur, quod dubitationem, & offuscationem pariat, cessat talis notorietas, ita ut sententia amplius dici non potest notorie nulla; aut notorie iniqua*: Porque la notoriedad no recibe disputa. Lancel. Robert. Cephal. Bursat. y otros muchos, que cita el Señor Salgado ubi sup. Luego atendiendo à lo que fue arbitrario en el Juez, que pronunciò, ò solo la fundadissima duda, que excluye la notoriedad, queda la sentencia de remate firme, y debe correr su execucion privilegiada, sin el obstaculo de suspension.

18 Mas: En los motivos juridicos pernotados està indudable la copia de Authores, que siguen valida la donacion liberalidad purè, aunque en algo toque à perjuicio de los hijos, no se ha encontrado quien baxo de esta limitacion, y reglas lo impugne. Pero dèmos por supuesto, que huviesse igual numero de A. A. y que causassen opinion probable, y que solo esta motivassen los que vàn citados, inclinòse el Juez de la Santa Iglesia à los que siguen, è instruyen el deber existir la fundacion, y donacion, podrà en estos terminos tener lugar el recurso de fuerza? Por cierto que no; y assi lo resuelve el señor Salgado de Reg. prot. part. 1. cap. 2. §. 3. num. 16. ibi: *Tunc Iudex Ecclesiasticus posit quam maluerit licitè eligere propter dubium existens, & authoritatem Doctorum unamquamque tenentium, quod procedit etiam in foro conscientiæ, quare hoc casu precissè, & necessario tenetur Senatus eidem opinioni per Iudicem Ecclesiasticum electæ inhibere, quoniam nullo modo potest de iniquitate redargui: cessat enim violentia, ubi jus assistit, licitè enim, & ibi permissum gerit ille Iudex, de quo duntaxat quæritur in detegenda violentia; an ne contra jus denegavit delationem appellationis, & ita tenendum est.* Examinò el Juez una accion executiva, causada de una obligacion Guarentigia, contra la qual, en siendo las excepciones *in facto, vel in jure* iliquidas, es lo suficiente para no poderse diferir: advirtiò que eran injustas, y con resistencia à equidad; y aunque solo tuviessen el defecto de necessitar *altiorem indaginem*, toda esta duda, y ambiguedad *non est in jure agendi, sed in causa excipiendi*: y reconociendo, que los defectos en las excepciones de los reconvenidos, ò reos, no han de transcender ofendiendo à los actores, eligiò por fundado, y cierto en el estado de los Autos,

tos, el expedir el remate, que no havia en ſu conſideracion de preponderar lo iliquido, à lo que en fuerza del inſtrumento ſe manifieſta juſto, y cierto: y como el privilegio de la ſentencia eſtà en ſu excepcion, los motivos que tiene para no ſuſpender eſta, ſon los que le aſsiſtieron para pronunciar aquella; y parece ha obrado con tan preciſſo arreglamiento à juſticia, que en lo contrario cauſaria violencia.

19 Mas: Ocioſa parece eſta defenſa, quando para acreditar el Colegio ſu juſticia influyen los Autos una evidencia, que conſiſte en que no hay juſtificacion del quinto: y aſsi, no puede averiguarſe, que aun los derechos, que tengan ſujecion à èl, eſtèn excluidos, ò ſin cabimento. Deſempeñarà eſta verdad el inſtrumento con que las contrarias la impugnan, que es un teſtimonio de los Autos de particion pendientes (que no eſtàn fenecidos, como en lo final del teſtimonio ſe enuncia) Eſte inſtrumento refiere un aprecio, y regulacion del caudal, y que importò el quinto 19U495. reales, lo que ſe apreciò, y liquidò, ſubſtanciandoſe el juycio de particion entre las Madres Soror Luiſa de Santo Domingo, y Soror Joſepha de Santa Rita, Religioſas herederas, que oy litigan, y Doña Juana Velazquez, viuda en ſegundas nupcias del Marquès de Cabriñana, à quien le tocaba el quinto del caudal, en fuerza de diſpoſicion teſtamentaria (fol. 90. B.) No huvo mas partes, ni intereſſados, ni ſe citaron: que ſi ſe huvieran citado, puede ſer huviera mas caudal, y no ſe neceſsitàran eſtos recurſos. Eſte es el Hecho, que conſultado con la diſpoſicion de Derecho, inſtruye, que para el Colegio no hay liquidacion practicada, ni regulacion de caudal. El Texto in leg. 1. §. cum dicitur, ff. ſipl. quam. per leg. falcid. licuerit legatum eſſe dicatur: trae la eſpecie, y deciſsion ſiguiente, que ſe expreſſa, porque ſe tiene por terminante, y no ſe neceſsita ponderar, pues ſu expreſsion informa lo baſtante, ibi: *Cum dicitur falcidia locum habere, arbiter dari ſolet ad ineumdam quantitatem* (la Gloſſa: Ad ſtimandam) *bonorum, tametſi unus aliquid modicum, fideicommiſſum perſequatur: quæ computatio præjudicare non debet cæteris, qui ad arbitrum miſsi non ſunt.* Ayora de partitionib. part. 1. cap. 8. num. 1. in fin. con la Ley Servos, ff. fam. herciſc. procedieron las dos Religioſas, ſin incluir, ni citar los demàs intereſſados; y es conſiguiente preciſo, que como inſtruye la Ley *Talis computatio non noceat eis, qui ad arbitrum miſsi non ſunt.* Pero à eſta ſolucion, replican con nueva inſtancia las Religioſas herederas, y ſe valen de que no ſe neceſsitò la intervencion del Colegio; porque haviendo de reſultar excluido de que podia aprovechar ſolicitarle

cita-

citado, por esto se dice no ser precisa en iguales terminos, por D. Salgado de Reg. prot. part. 1. cap. 2. num. 140. ibi: *Et ulterius, quia etiam in judicialibus ubi pars si fuisset præsens, non potuisset actum impedire, nec ei justè contradicere, quia nullam potest allegare defensionem, citatio non requiritur*; y de este sentir dice son infinitos. Y como el Derecho siempre es contrario à lo ocioso, no permite termino para liquidar, ò probar; lo que se evidencia inconducente à el assumpto que se trata, Ley 7. tit. 14. part. 3. Ley 4. tit. 6. lib. 4. Recopil. D. Vela dissert. 12. num. 4. D. Salgad. de Retention. cap. 16. num. 51. Barbos. in leg. 32. tit. 4. lib. 2. Y que executoriado un derecho de prelacion perjudique à todos los que traen causa posterior inseparable. D. Salgad. Labyr. credit. part. 5. cap. 14. per tot. Y haviendose liquidado este caudal con Doña Juana Velazquez, interessada legataria en el residuo del quinto, parece que para con el Colegio el caudal debe juzgarse por regulado, y liquidado, y haverle de causar entero perjuicio; y mas quando otros legados resultan excluidos, porque se mirò por notorio no tenian cabimento. Esta es la replica, que fuera dificil su respuesta, si los fundamentos, que se le agregan le fuessen tan adequados, como se examinan violentos; y para satisfacer sirven los proprios lugares con que se arguye.

2. Es cierto lo demonstrado; mas no puede concederse serlo el que el Colegio, siendo citado, careciesse de meritos para atendido: pues demonstrando que su recurso tiene la naturaleza, que el contrato le confiere, y la escriptura authoriza, y prueba, era preciso, que todo lo concerniente, à diversificarse de lo que incluyen las Leyes, y và fundado, huviesse como debia producido una total distincion en las resoluciones, de modo, que lo executoriado en quanto à Doña Juana Velazquez, ni demàs derechos enunciados en la particion, no fuesse extensivo à lo que por el Colegio se pide, ò recurso que sigue. Fue Doña Juana Velazquez una legataria, à quien el residuo del quinto pertenecia; sin mas remuneracion, que obrar la voluntad del Marquès difunto: adquiriò este derecho por acto de ultima voluntad muchos años posterior à quando se causò, y radicò el del Colegio por contrato, y causa onerosa. Constò à la Chancilleria de Granada, que en sus hijos de esta legataria (entenados del Marquès) havia en su vida voluntariamente gastado, y convertido mas de cien mil reales; y el Colegio en este tiempo, la utilidad, y conveniencia que ha desfrutado, es percebir por estipendio de las Missas la tercia parte, ò menos de su tassa Synodal. Esta memoria à todos los

que

que traen causa; y representassen à el Marquès, beneficia perpetuamente; lo expendido en los fines mencionados, les perjudica: por esto ningun beneficio consiguiò el Marquès; por la memoria es notorio el que se le sigue espiritual: Luego si el derecho de Doña Juana Uelazquez, con quien se substanciò la particion, y liquidacion, es por tan repetidos respectos distinto, posterior, y no parificable à el que el Colegio deduce, y à los anteriores prepondera, y excede; como ha de decirse, ni es dable fundarse, que lo resuelto, y substanciado con un interessado, acreedor posterior en tiempo, y derecho, damnifique à el anterior, oneroso, y privilegiado? Ni como se ha de conceder, que no tuviesse, si se le citàra, que deducir, y oponer, quando de las proprias legitimas se le debe reintegrar? Y si no es de las legitimas, serà porque antes de vèr en lo que estas consisten, precisa que à el Colegio se reintegre, y pague. Ex dictis, & etiam traditis à Baeza de non melior. filiab. cap. 28. num. 2. & 3. Lex ea demum, C. de collat. Y asi quando tienen los derechos dependiencia, y total connexion en su origen, y creacion, y la mantienen en su ser, *transeat*, que lo vencido con uno, perjudique à otros, que se diga concurrir las tres entidades *rei, causæ, & personæ* precisas para que la executoria obligue. Dom. Salgad. de Reg. protec. part.4. cap.8.n.24.& 25. Peregrin. in tract. de fideicom.art.53. num.4. Lex cum quærit. §.fin. cum legib. seq. ff.de except.rei iudic. mas no faltando en el todo, como en el hecho sucede.

21 Mas: El derecho que se produce para cumplir el encargo de Missas es privilegiado (aun en terminos de legado, y sin constituirse contrato remuneratorio, ò con las demàs circunstancias, que hacen mas justo el derecho del Colegio) y con prelacion à los demàs piadosos, aunque sea el de dote. D. Francisco Mostazo de causis pijs lib. 2. cap. 6. num. 12. ibi: *Quod non solum teneas comparatione legatorum prophanorum, sed etiam piorum, legatum enim Missarum etiam anuarum diminutionem non amittit, quia comparatione aliorum legatorum piorum, Missarum legatum est magis proficuum animæ testatoris, unde præsumendum est velle integre persolvi, etiam si alia adsint legata pia; præterea hoc legatum immediatè respicit bonum defuncti, alia vero licet pia mediatè, & immediatè causam illam cui legatur, ergo comparatione aliorum legatorum piorum, nihil de hoc legato detrahitur, sed integre debet persolvi. Denique in concursu personalium actionum, omnes ad tributum perveniunt, nisi qui habuerit causam favorabilem, cum ergo legatum Missarum sit magis privilegiatum quam alia pia legata comparatione aliorum minimè diminutionem percipiet.* Y cita à Riccio,

Rodriguez, Pasqualig. quæst. 1006. num. 4. D. Larrea Decissión. Granat. decis. 61. num. 44. donde assegura, que assi lo resolviò en el Granatense Senado, presidiendole el señor Castillo. D. Olea de cession. jur. tit.4. quæst. 5. num. 20. Y si aunque estuvieran muchos legados piadosos excluidos, el dicho del Colegio no debia (en terminos de legado) ser alterado; mucho mas assegurado se examina el recurso, que trae por causa un contrato oneroso, y que no resulta en èl testimonio de la enunciada executoria, se excluyesse otro, que de igual privilegio participasse.

22 Sirve lo discurrido por credito de no ser conducente la substanciacion, ò regulacion del quinto, para que se tenga por liquido en lo perteneciente à el Colegio; y que la aprobacion executoriada no pueda aprovechar para la exclusion, que se solicita, y por consiguiente sacando de su ser la accion con que se pide, y transformando su causa onerosa en lucrativa, y lo preciso en voluntario: de cuyas disposiciones gratuitas hablò la Ley Real quando las mandò arreglar al quinto. Sin embargo de todo esto, oy permanece legalizado, que debia ser satisfecho; mas sin estas reflexiones el hecho, ò la propria executoria en lo limitado, que se refiere, prueba à maioritate rationis todo lo insinuado, y dirigido à la dispariedad tan notable, que hay en las especies, que se arguyen, y la que se litiga, ò defiende.

23 Supongo, que segun el testimonio presentado por las Religiosas, no han hecho, ni consta allanamiento para que se cumpliesse alguna de las disposiciones de su Padre, y por consiguiente no le huvo para los diez mil reales de las Missas, y pia causa, que consta se gastaron, y exigieron del quinto; mas la Chancilleria de Granada, donde fue remitida en consulta la particion, la aprueba: y siendo Tribunal donde muy por extenso constaba todas las donaciones fechas por el Marquès, y las que en el quinto se havian mandado computar; no obstante, se confirma, que los legados profanos se excluyan; que para Doña Juana Velazquez se evaque el quinto; y las Missas por el Testamento dispuestas, que su limosna sumaba porcion crecida? Y el Funeral? Esto se acepta, se aprueba el darle lugar. Pues (Señor) y la opinion rigorosa de que no ha de disponer *ultra quintum*? Y la Ley del Reyno, que en vida, y en muerte no se amplie à mas? Y el dictamen de Tello Fernandez ubi supra, que previene, *sivi imputet*, à el Padre, si en vida havia arbitrado, y distribuido el quinto, aunque no le quede que aplicar para sufragios, por testamento, y ultima voluntad? Por cierto que las Missas se cumplen, y lo demàs piadoso, y se manda

prac-

practicar, sin embargo de suplicacion, como denotando: Aunque las herederas quieran impugnarlo, no es digno de ser oido, y mucho menos concederlo, y determinarlo à su favor. Y si es causa tan privilegiada, que siendo posterior tuvo cabimento, siendo graciosa se reputò por precisa, estando incluida en la Ley, resolviò assi la equidad de aquel Senado, que dirèmos de la pretension del Colegio, que su derecho en lo tocante, ò piadoso, conviene; mas en todo lo restante se diferencia, y le excede por anterior en tiempo, y en derecho? Què se pretende por las Religiosas, que si en la Chancilleria de Granada baste la razon de equidad, para què se satisfacieran las Missas en una ultima voluntad dispuestas; en esta Real Audiencia, que mi veneracion respeta, se desestime instancia, que no solo se funda en equidad, si en justicia? Quieren, que se repute por violencia mandar pagar un derecho con essencia de oneroso, aunque à piedad relacionado, y prueban, ò suponen no haverlo sido otro lucrativo, ò voluntario, que solo por convertido en Missas fue satisfecho, y admitido.

24 De este exemplar, que segun se prueba de contrario, està executoriado, parece que se fundaba el deberse condescender con el intento de esta parte, aunque se sufriera en una memoria dispuesta en la ultima voluntad sin anterioridad, ni el esfuerzo de todo lo demàs, que và prenotado, y à el recurso assiste, y hiciera un rigoroso argumento con el exemplar referido; pues no haviendo disparidad por terminos iguales, se debia decidir. Cap. cum in tua, de decimis, y la regla *ubi est eadem ratio, &c.* Y si la diferencia que hay es para producir mas notoria, y evidente la justicia del Colegio; bien se conoce que està la executoria tan distante de perjudicar, que protege, y coadiuva à lo que por el acreedor de la memoria se pide.

25 Aunque fuesse la dotacion del anniversario, ò remuneratoria donacion destituida de tan notorio derecho como se examina authorizada, y huviesse prueba de haverse practicado con fraude, no estaban las excepciones opuestas graduadas en proporcion para impedir el remate; pregunta el Hermosilla: Si haviendo executado el Padre donaciones, ù enagenaciones en perjuicio de las legitimas, si se revocàran todas sin distincion, ò por su orden las ultimas, y anteriores, dexando indemne la que à el tiempo de constituirse, y practicarse no participò de este defecto, ò porque no es justo arguir, y anular el acto con defecto de que no participa, ò porque fuera dar lugar à duplicidad de pleytos, que de unos en otros donatarios fueran resultando, hasta terminar en el que obtenia, en virtud de donacion fraudulenta, y perjudicial, esto es, las que ultra del animo de-

defraudaron eventu? Y la resolucion, con otros A. A. es la siguiente, ibi: *Et si Pater fecerit plures donationes fraudulentas tunc prima donatio, quæ à principio fuit legitima non dicitur in officiosa, sed ultima tantum revocabitur, & aliæ posteriores usque ad legitimam filiorum.* Super leg. 8. tit. 4. part. 5. Gloss. 13. num. 32. Fontanela de pactis nup. 2. tom. claus. 5. Gloss. 8. 2. p. num. 41. Angulo, Tiraquelo, y otros, cuyas limitaciones de esta doctrina, que tambien refiere el Hermosilla, no se exponen, porque no hacen en contra, como puede verse: y esta doctrina parece estar protegida de la Ley 4. in fine tit. 14. part. 1: y Gregorio Lopez Gloss. 9. Muchas cantidades tenian que evacuar las Religiosas antes de tocar en la que sirve de sufragio perpetuo para su difunto Padre, y no es la menos los 194U. y mas reales, que se entregaron en representacion de las Religiosas, que piden à D. Diego de Argote, del Orden de Santiago, en quien renunciaron sus legitimas? pues aunque digan, que esta renuncia fue protestada, y sobre estas reclamaciones: y quando pueden perjudicar à los entriegos hechos, podria decirse parte de lo mucho, que se tendrà presente en la dignissima consideracion de la Sala, y se omite por ocurrir à lo preciso, sin embargo, como han de negar que fueron causa de estos entriegos, y que se les debe imputar por recibido? A lo menos deben solicitar de esta cantidad en primer lugar su reintegro. Practiquenlo asi, y lo mismo en las demàs liberalidades profanas, y veràn como sobra caudal en lo que debe componer el quinto para las disposiciones pias, y mucho mas para esta, privilegiada entre las piadosas: Y querer que con tan notoria repugnancia se les atienda, y que sus excepciones tan dudosas las estimasse como liquidas el concepto del Juez de la Santa Iglesia, es procurar, que huviesse obrado contra el Capit. Grave satis, causa 11. quæst. 3. ibi: *Satis grave est, & indecens ut in re dubia certa detur sententia.* Y el Cap. Si quis Divinis, causa 31. quæst. 1. de que instruido parece haria este resumen: La obligacion del Marquès dotante, la donacion remuneratoria, es instrumental, y cierta; los medios de que sus hijas herederas se valen, son injustos contra equidad, y derecho: procuran conturbar la naturaleza de lo oneroso, y lucrativo, lo preciso, y voluntario, que las Leyes del Reyno, que hablan de legados, y liberalidades, militen en contratos, que no abrazan, ni especifican la regulacion del quinto, no està con parte formal substanciada la executoria, no se incluye en ella, la accion que el Colegio sigue; aunque si se gradùa un derecho de menos prelacion, y no de tan privilegiada naturaleza: y esto no lo motivò allanamiento de partes, porque no le huvo; antes si se les denegò au-

audiencia, por el Auto de ſin embargo de ſuplicacion. Quando menos ſon las excepciones iliquidas, y la defenſa, aunque en lo poſsible esforzada, ſe ſufre ſobre meritos contingentes, ò inciertos. El Auto de que viene interpueſta la apelacion, tambien en parte conduce para prueba, pues el Proviſor del Obiſpado de Malaga no tuvo por iliquida la reconvencion, ſiendo aſsi, que ſe ſufria en lo miſmo que la excepcion: de que ſe infiere ſin violencia, que dificultò de ſu certeza, y no la reputò por preparada, por lo que le reſervò el derecho; y de todo eſto infiriò luego, ſi por lo cierto ſe ha de obrar, y lo dudoſo ſe ha de deſatender, eſpecialmente en el juycio executivo. Ley 2. tit. 21. lib. 4. Recopil. Preciſo es el remate, y no puede contener injuſticia, ſentencia, que ſe diò con tanta reflexion, y en que el Juez obrò tan arreglado, como juridicamente perſuadido: y ſiendo la determinacion juſta, es el no admitir la apelacion preciſa conſequencia, porque eſtà denegada de la ſentencia de privilegio, como lo es la de remate. Dom. Salgad. de Reg. prot. part. 3. cap. 9. num. 20. Y el Juez no cauſa perjuicio, y gravamen en no oir la apelacion, ſino es obſerva la Ley, y la executa en quanto eſtablece no ſer admiſsible de la ſentencia *adjectionis*: Luego *potius ab ipſius juris diſpoſitione cenſetur appellari, quod utique nec permittitur, nec admittendum eſt; & ſic Iudex qui id, quod lex mandat obtemperans exequitur, nihil novi facit, ſed eſt miniſter, & executor legis, ergo cùm ab ipſa ſententia legali, & legis diſpoſitione, ac determinatione non ſit licita appellatio, pariter, nec ab eius executore, & executione, quia actus non attribuitur gerenti, ſed mandanti.* La limitacion de eſta doctrina havia de reſultar de una injuſticia notoria; no la hay, como và probado: luego no cauſa violencia en tratar de executar ſu ſentencia, ſin embargo de la apelacion.

Segundo Termino.

26 QVE la ſentencia de remate en ſegunda inſtancia pronunciada tenga el proprio privilegio, que ſi fueſſe dada por el Tribunal *à quo*, no ſe duda, à viſta de los Authores, y copioſos lugares, que para reſolverlo cita el ſeñor Salgado de Reg. protect. part. 3. cap. 4. num. 27. con Parladorio, Gonzalez, Scacia, y otros, que cita, ſatisfaciendo *more ſuo* à qualquier razon de dudar, que ſobre eſto podia ocurrir con

la especialidad de que esto es proprio, y peculiar de las sentencias de remate, ò decretos afirmativos de alimentos en el possessorio *adipiscendi*, y otros de igual naturaleza, *è contra* en los negativos. Y à el capit. 2. de mutuis petitionib. que instruye *correlativorum eadem est ratio, & actoris, & rei eadem est conditio*, previene, que esto milita quando (en los correlativos) *si in utroque militat eadem ratio.* Y en quanto à el capit. 2. que su decision procede en la convencion, y reconvencion, pues deben correr unas proprias reglas, como ratificando lo que queda dicho, que si la excepcion de las Religiosas se fundò en lo mismo que la reconvencion, no pudo tener grado de liquida como excepcion, si no le adquiriò como reconvencion; mas llegando à graduarse por liquidada con iguales reglas de sujecion, havia de pedir, y obrar el actor, qual reo. Y finalmente en esta assercion no hay disculpa para suspenderse, por no impugnarse por la contraria parte. La question es, si la primer sentencia vulnerò el instrumento *utrum* revocado por el Metropolitano, pueda militar la anterior doctrina; ò cause violencia si trata de su execucion, sin oir en el efecto suspensivo la apelacion? La duda la suscitan muchos, mas con primer grado el señor Salgado à el num. 44. ibi: *Illud, quod superius diximus à denegata addictionis sententia, putà: à declaratione locum non esse executioni instrumenti Guarentigiati, appellationi per creditorem emissæ esse omnino deferendum, & in secunda instantia ipsa sententia revocata alia fertur contraria, & revocatoria, locum scilicet esse executione petitæ, hancque secundam executione mereri, non obstante appellatione: est omnino limitandum; ut non procedat, ne habeat locum, quando prima sententia vulneravit instrumentum executivum, declarando id esse falsum, vel usurarium, aut ex alio capite nullum, quia ratione huius vulnerationis semper cessat via executiva donec pro ea sint probatæ tres sententiæ conformes.* Y por esta opinion cita à Gonzalez de alternativ. gloss. 6. num. 202. Graciano disceptation. tom. 1. cap. 103. num. 10. & 11. La Decis. de la Rota 132. num. 1. p. 2. divers. Escacia de appellat. quæst. 17. lim. 9. num. 58. versic. *Sub extende.* Y aclarando mas el concepto à el num. 46. dice: Que el executarse la sentencia de remate de la segunda instancia revocatoria de la primera en que fue denegada, ha de entenderse, *quando ipsa executio denegata fuit per Iudicem à quo, ex alia causa non concernenti vires instrumenti.* Y por simil, ò *exempli gratia*, refiere algunos casos, que no siendo de este Pleyto, ni la doctrina ceñida à ellos, no se expressan; y concluye, refiriendo-

doſe à la Deciſsion de la Rota 132. ya citada, y à eſta tambien ſe remite Eſcacia. Y antes de paſſar à internar el deſeo en los lugares, que como relatos han de dar doctrina para el mas formal, y juridico concepto, ſin interpretar el lugar del ſeñor Salgado, ſino es ſinceramente ſeguir ſus terminos. Eſtàn à favor del Colegio, y de lo actuado por el Juez de la Santa Igleſia; pues el Auto difinitivo del Proviſor de la Ciudad, y Obiſpado de Malaga, no declara nulidad, uſura, ni falſedad; ſi, no haver lugar la ſentencia de remate, que aun es menos, que ſi declaraſſe no haver lugar la execucion, y abſolvieſſe à el reo (eſta diſtincion deſpues ſe fundarà:) Luego ſi para la limitacion era neceſſario la declaracion judicial, que ſe dice, y es la que havia de influir la vulneracion, faltando lo anterior, no puede exiſtir eſte efecto poſterior, *roboratur eadem doctrina*, pues no procede quando *executio denegata fuit ex cauſa non cernenti vires inſtrumenti*, no conſta, que por motivo conducente à la eſcriptura fueſſe denegada la ſentencia de remate: Luego *ſtat probatum* en el concepto, y authoridad de eſte Author, que los inſtrumentos, en cuya virtud el Colegio obra, pide, y el remate ſe concede, no eſtàn vulnerados, y para lo contrario es meneſter ſuponerlo, lo que no harà la direccion contraria; por lo ajuſtado que procede, y obra.

27 A viſta de lo inſinuado parece que eſtà afianzado, ceſſa la objeccion, por no eſtar en el caſo de la limitacion; mas ha de procurar afianzarſe la libertad del aſſumpto, del eſcrupulo ſuſcitado con el lugar referido, liquidando quando el inſtrumento tenga vulneracion, y què grado correſponde à eſta en la eſtimacion legal, para impedir los efectos executivos, y privilegiados, que la Ley del Reyno confiere à la ſentencia de remate, de cuya correccion, y alteracion ſe trata ſiempre que lo diſpueſto en ella ſe impugne, ò limite, y es muy dificultoſo fundarlo, y mas (en Tribunal tan Serio, y Juſtificado) conſeguirlo. Tambien es de notar, que el ſeñor Salgado inſtruye, que en vulnerando la ſentencia el inſtrumento, procede la limitacion: mas no declarò, còmo và dicho, què eſtado havia de tener la providencia, que vulneraſſe, y ſin ſer el reparo preciſsion del diſcurſo, hay opinion, que en eſto ex profeſſo trata, y ſe dirà.

28 La Deciſsion de la Rota 132. diverſ. es lugar à que ſe refiere, y en que funda el ſeñor Salgado, y en eſte, tratando de quando ſe entienda vulnerado el inſtrumento, ſe inſtruye, que no obra

eſtos

estos efectos la sentencia, ò auto en que se deniega la execucion, para que se tenga por vulnerada la obligacion, num. 11. ibi: *Ad primum de vulneratione obligationis, fuit per Dominos responsum in primis, vulnerationem, de qua agitur, in decreto Dom. Lucæ Telli fuisse restrictam ad mandatum executivum, ut ex lectura decreti apparet clarè, & propterea non esse extendendum ad obligationem cum de ea in decreto nullum verbum: & huiusmodi decreta cum sint stricti juris, stricte sunt intelligenda.* La otra causa, que se especifica por prueba de no estar vulnerada, es, que no se absolviò al reo, aunque en lo executivo se impuso perpetuo silencio à el actor. En el Auto del Provisor se declara no haver lugar la sentencia de remate; mas no se encuentra expresion contra la obligacion, ni instrumento: luego no està vulnerado, y con mas poderosa razon, pues no lo està su contenido, que es la obligacion. Graciano en el lugar que cita, dice: Que es menester absolver, y que no basta se declare sobre la validacion de el derecho concedido en fuerza de la obligacion, num. 11. ibi: *Ista enim pronuntiatio non vulnerat obligationem, sed solum ipsum decretum, & ideo tunc poterit agi executivè.* Y que en esta forma se han de entender las demàs decisiones, sin que para el assumpto sirvan presumpciones, ni la regla *taciti, & expressi eadem est virtus*, ubi supra num. 22. ibi: *Nam ad invalidandum actum non est par virtus expressi, & taciti prout in specie omnes concludunt.* (y cita diversos Authores, y à Surdo consil. 223. num. 22. lib. 2.) Y Escacia en el lugar citado contexta con la Resolucion de la Rota 132. Cuyas expressiones literales persuaden, y convencen, que la limitacion, que en ellas trae el señor Salgado, como queda entendido, no es adaptable à el assumpto, porque en èl, ni hay declaracion, que vulnere la obligacion, y mucho menos que se relacione à el instrumento, y revocacion del auto de execucion, ò absolucion expressa del reo.

29. No solo en este lugar tocò el señor Salgado la question mencionada, pues la suscita à la part. 2. de Retent. Bullar. cap. 32. conc. 2. num. 40. con el motivo de privilegio de las Letras Apostolicas, y equipararse à los instrumentos Guarentigios en producir executiva accion, cuya qualidad pierden en resultando vulneradas. Authorizalo, ademàs de su opinion, con la de otros muchos, que cita, y entre estos à Graciano, Discept. Forens. cap. 968. num. 2. 3. & 4. en que parece sacò de los terminos de question, y constituyò por evidencia lo que và expressado por el Colegio, ibi: *Non obstat quod obligatio cameralis fuerit vulnerata stante decreto revoca-*

tio-

tionis mandati prius concessi, quia talis revocatio non vulnerat obligationem cum ad istum effectum requiratur declaratio nullitatis, seu invaliditatis obligationis, & non sufficit simplex decretum, seu mandatum executivum revocatum, cum illud non extendatur ad vulnerandam obligationem, ideò non impeditur executio per talem revocationem mandati. Et ex Decisf. Sacr. Rot. 375. p. 4. num. 1. ubi: *Quod in hoc casu quamvis fuerit appellatum tamen semper est locus viæ executivæ.* Y prosigue: *Et sic non attenditur, quod causa sit facta appellabilis, quia tunc dicetur talis ad effectum impediendi executionem, quando esset pronunciatum super invaliditate obligationis, quod non erat in casu nostro, &c.* Y manifestando con este Author quando se tenga el instrumento por vulnerado, tambien es cita del Sr. Salgado ubi supra à Amato, Var. Resolut. resol. 81. num. 26. En los anteriores dexa manifestado, que la vulneracion se ha de sufrir en meritos de igual naturaleza à la cancelacion, de que se sigue, que se dirà el instrumento usurario, quando dèl resulta la usura; falso, quando dèl se acredita la falsedad; y nulo, quando la nulidad la produce defecto instrumental; mas en no comprehendiendo estos meritos el auto, ò sentencia, tunc no vulnerar el instrumento. Assi lo explica, ibi: *Intelligas tamen quando sententia* ipsum instrumentum *principaliter vulneraffet, non autem si super exequutione, seu revocatione mandati exequutivi pro lata sit, quia dicta sententia non vulnerat instrumentum ipsum, sed solum mandatum executivum.* Cita en este numero diversos Autores, y Decisiones de la Rota, y adelanta mas, que la sentencia causarà efectos de vulneracion, quando se gradùe en el estado de tres sentencias conformes, ò *sit translata in rem iudicatam*, porque no ha de ser la vulneracion *ut quemque*, sino es letal, ibi: *Dicendum est denegandum esse executionem si vulnerans sententia in judicatum transierit; quia tunc lætaliter dicitur vulneratum instrumentum, cum sententia faciat de albo nigrum.* Esto es muy conforme, porque la excepcion de nulidad para destruir lo executivo, no basta que en el primer juycio se oponga, oyga, y conceda; necessita à su favor executoria. Graciano discept. 667. num, 17. 18. usque ad 22. ibi: *Nam interim donec cognoscitur super nullitate, & invaliditate obligationis, executio contractus non retardatur, cum ista exceptio nullitatis nihil operetur, nisi postquam fuerit causa finita per rem judicatam (num. 21.) per tres sententias conformes,* porque interin no falta *illud notorium instrumentale producens executionem.* D. Olea de cess. tit. 5. quæst. 10. num. 19. & 20. en que todas las excepciones, por qualquier termino, y de *omni gradu*

du-

dudosas *in jure, vel in facto* no producen concepto liquido principalmente para lo executivo.

30 De estos proximos anteriores avisos se evidencia la distancia que debe concederse como precisa, de quando el instrumento se instruye estar vulnerado, y lo que por las Religiosas se ha pretendido, pues en la primera instancia no huvo mas de oponer unas excepciones de nulidad; y siendo el fundamento reputar por regulado el quinto, nada menos se adelantaron las partes executadas, que dar, como suele decirse, la dificultad por supuesto. Y de esta equivocacion què resultò? Diò el Juez providencia, declarando la nulidad de la dotacion? Expressò nulo, ò vicioso el instrumento? Responde el hecho haver faltado todo lo referido: Luego no es adaptable quanto se suscita sobre el instrumento vulnerado.

31 Se ha estimado en las defensas por las Religiosas el lugar de Gonzalez de mensib. & altern. glos. 6. num. 202. que es una prueba de las que trae para la conclusion, ò asserto, que hace à el num. 189. sobre: *Quod possessor parrochialis non sit removendus à possessione, donec appellans obtinuerit tres sententias conformes; seu rem judicatam.* Y haviendo de habilitar el proprio lugar la solucion se expressa, ibi: *Tertio facit, illa solida, & verissima doctrina quod postquam aliquod* instrumentum *camerale, seu quarentigium paratam executionem habens, fuit vulneratum per unam sententiam contra illud latam, per quam fuit declaratum ex aliqua causa esse nullum; seu nullam executionem mereri, quod ratione dictæ vulnerationis semper debet cessare via executiva donec sint prolatæ tres sententiæ conformes.* Y lo mismo à el num. 203. Ya queda dicho, que este es un argumento, y por tal le trae este Author; y no se contempla que de esto se pueda inferir sea su opinion, pues la que sigue es con los proprios terminos terminantes, ò copiados del Señor Salgado, que quedan referidos à el num. .y §. .. y mas quando termina en uno, y otro lugar con la decission 132. part. 2. diversor. que và puesta à el §. . por prueba de no estar el instrumento vulnerado. Y el mismo Gonzalez, asintiendo à esta decission à el num. 237. refiere sus palabras, ibi: *Cessat via executiva, quando instrumentum fuit vulneratum; secus vero si non instrumentum, sed mandatum executivum vulneratur.* Y prescindiendo de esto, resulta, que en el numero en que las Religiosas le contemplan propicio, pide que el instrumento estè declarado por nulo: y expressada la causa segun và insinuado, *declaratum ex aliqua causa esse nullum.* Luego no hace

ce en contra, *imò potius* à favor del Colegio, cuyos instrumentos, en que funda su accion, no estàn declarados por nulos en el Auto del Provisor. Y en el concepto de Gonzalez parece, que sentando à el num. 231. con la decision de la Rota, que à el instrumento no vulnera lo que à el mandato executivo se relaciona, se havrà de entender lo que dice à el 202. *aut nullam executionem mereri*, quando esta declaracion fuesse con causa peculiar del instrumento, pues lo demàs fuera contradecirse, y no es creible en Gonzalez, ni otro, que por sus meritos consiguiesse igual grado, y estimacion, y mas trayendo por prueba en uno, y otro lugar la citada decision 132. con que se evidencia el concepto en que habla, y fundamento que sigue.

32 Para que el Auto por el Provisor proveido en primera instancia pudiera adequarse à lo que las Religiosas herederas solicitan, es necessario suponerle todo lo que los Authores precisamente piden, para que à el instrumento vulnere, y no se examinan juridicos motivos para poder executarlo; antes si duplicados para excluirlo, pues fuera darle una interpretacion, ademàs de violenta, sin ser competente para el intento: pues como ya và fundado, para caso igual à el del pleyto no sirven tacitas inteligencias, porque se piden expressas declaraciones por los Autores insinuados, y otros, que vàn omitidos, por no dilatar. Estamos en un recurso de fuerza, en que la Superioridad de la Sala la interviene *in vim protectionis*; y se manifiesta, que la apelacion se relaciona aun à sentencia pronunciada con copiosos meritos de justicia; y esto influye, que la violencia mas bien se causa con impedirla, que no en executarla. Y la doctrina de Zevallos tom. 4. Comm. contra comm. quæst. 897. num. 866. corre en el mismo concepto de las anteriores, pues se funda en ellas, y en la decis. 132. de la Rota, y lo que especifica por practicado, y admitido en nuestro Reyno num. 879. es el privilegio de la sentencia de remate, que pronunciada, aunque en otra instancia se revoque, no se suspende la execucion, ni es exequible la providencia revocatoria, interin se authorice por tres sentencias conformes.

33 Mas: Los practicos questionan, quando el instrumento presentado, y de que fue tratado en juicio contencioso, pueda aprovechar otro distinto, si en el anterior resulta ofendido, ò reprobado. Todos recuerdan por fundamento el cap. Sub orta, de re judicata, en que se halla una especie de un privilegio, contra

el

el qual fue sentenciado: Dudòse si despues se podria usar de las essempciones, que concedia, y fue la resolucion, ibi: *Nimirùm si præfati Innocencij privilegiam Alexand. fuit in judicio præsentatum, & ipse tullit sententiam* contra illud, *intelligitur reprobasse.* Recopilando lo dicho por los demàs, toca esta question Pareja de instrument. edict. tit. 1. resol. 3. §. 3. ex num. 108. usque ad 111. y sigue, que el instrumento reprobado, ò vulnerado no puede (ò su exemplar, ò copia) ser atendido en otro juycio posterior, ò distinto; pero ha de entenderse interviniendo dos precissas circunstancias: La primera, que la tal sentencia hayga hecho transito à cosa juzgada; y por el contrario faltando esto, ò si la providencia es dada en juicio sumario. Lo segundo, que essencialmente pugne la certeza del instrumento, y sentencia, que le vulnera, ibi: *Quæ tamen oppositio, ut effectum sortiri valeat adeò, ut propter illam instrumento reprobato, per sententiam fides adhibenda non sit, duo intervenire debent. Primum, ut sententia reprobans instrumentum, transitum fecerit in rem judicatam, quia ita efficit verum suum dispositum, & contrariorum mendacium ostendit, secus verò si fuerit lata in judicio summario, aut possessorio, quia tunc instrumenti fidem non destruit. Secundum, quando per sententiam in rem judicatam transactam directo oppugnatur instrumenti tenor, & effectus, adeo ut illud, & sententia simul stare nequeant, tunc enim instrumenti fides destructa manet, secus vero quando sententia, & eius effectus concurrere possunt, cum instrumento adversus quem fuerit lata, tunc enim illæsa, & intacta remanet eius fides.* Sin tan clara expresion persuade à el mismo concepto el Cap. Canonico in ijs verbis: *Tullit sententiam contra illud*, es menester que la sentencia directamente se dè contra el instrumento, para que pugnando con su fee, authoridad, y existencia la adquirida por la authoridad rei iudicatæ, esta destruya aquel en el todo. Y en el Auto de la primera instancia no se habla, ni declara contra el instrumento, no està graduado por cosa juzgada, y se diò en un juicio executivo; y careciendo de circunstancias tan precissas para la vulneracion legal del instrumento, como ha de esperarse, que Tribunal tan Serio declare violencia, quando la Parte, que ha intentado el recurso està destituida de justicia?

32 De lo manifestado, y discurrido en primer lugar por parte del Colegio, resulta, que el Auto dado en primera instancia acredita, que lo pedido por las Religiosas sobre nulidad del Anniversario, ò remuneratoria dotacion, ò donacion, no constò liqui-

quidado debidamente, aliàs admitiera la reconvencion. Tocòse esto anteriormente para otra consideracion; pero sirve suscitarlo, para afianzar no haver la vulneracion, que propone por limitacion, y en que parece sufrirse la instancia del recurso de fuerza. Para què havia de ser la reserva del Auto, que se hace à favor de las Religiosas, si la nulidad, que han opuesto fuesse justa, y resultasse verificada, quando generalmente se instruye, que esta clausula no dà, ni quita derecho; solo conserva el que compete, para que se actùe, y siga en el modo correspondiente. Pareja de edit. instrum. tit. 2. resolut. 6. num. 295. Barbos. vot. decis. à el 126. num. 323. D. Salgad. de Reg. protect. part. 4. cap. 7. num. 180. Y la Ley Real, que sobre el orden de execuciones, y quales excepciones impidan, previene expressamente esta reserva, para las que no tienen perfecto estado de ser admitidas, ni oidas, *ex quibus apparet* con el Auto del Provisor en primera instancia proveido, que el derecho del Colegio, esto es, la obligacion, no resultò vulnerado, y mucho menos el instrumento; pues la causa, que havia de producir la vulneracion, no del instrumento, si del contenido suyo, que era la obligacion, consistia en la excepcion de nulidad, que havia de influir justa la reconvencion; y no haviendo apreciado esta, acreditò el agravio en admitir la excepcion para diferir el remate, de quo Carleb. de judic. tit. 2. d. 8. per tot. Y es de notar la distincion, que hay entre vulnerar el instrumento, y la obligacion, para no despreciar la especialidad de la limitacion del señor Salgado en el lugar referido, que la instruye, no en terminos de que la obligacion sea la vulnerada; si el instrumento; porque hay excepciones, que estas directamente tocan à el instrumento, y son peculiares suyas; y otras, que solo se dirigen à la obligacion, y son objeptos muy distintos, como se acredita de lo que suscita, y questiona Avendaño de censibus à el cap. 98. ex num. 11. Y siendo terminos de limitacion, parece que solo podia obrar *intra casus limitationis*; Pero esto excede à lo conducente, y precisso del assumpto, porque en èl, como và fundado, no puede ajustarse vulneracion contra la obligacion, y mucho menos contra el instrumento.

57 Si otra consideracion, diversa de la q̃ incluye esta Defensa, fuerà la que à el Auto de primera instancia se proporcionàra, era indispẽsable confessar, y defender, que un proprio derecho se havia estimado por liquido, y cierto, y por injustificado, ò dudoso, pero no es esto,

 que

que el Auto del Provisor se impugna, porq̃ agravia en la suspension, y en quanto declarò *no ha lugar el remate*. Esta dilacion, ò demora es el perjuicio unico, pues no incluye otro, y el conjeturar ofendida la obligacion, vulnerado el instrumento, es un deseo de las partes, que lo pretenden; pero en el Auto no se funda, y se acredita de todo lo expressado, que los Authores tienen por preciso para la vulneracion, y no consta en dicho Auto, cuyo defecto precisamente constituye inadequado lo deducido en razon de estar el instrumento vulnerado. Lo que se colige sin violencia, es, que dicha suspension tuvo otro objepto distinto del inferido por las herederas. Pudo el Provisor conceptuar, que havia meritos, que hacian questionable como havia de formarse el quinto para el actual assumpto, pues no le hallò regulado con asistencia de interessado, à quien asistiesse igual derecho, que à el Colegio. Pudo prevèr, que la accion deducida, aunque traìa origen de una causa piadosa, y parecia adaptable à la sujecion de la Ley Real, se diferenciaba en lo remuneratoria, ù onerosa. Suspendiò el curso executivo; mas no declarò nula la obligacion, ni tratò del instrumento, y en estos terminos, aunque causò perjuicio, que habilitò la apelacion, fue muy distinto de si huviera declarado nulo el contrato, ò vulnerado el instrumento, absuelto à los executados, ò destruido la execucion: porque si es corriente en practica, ser tan compatible la existencia de la obligacion, y firmeza del instrumento, y suspender, ò evacuar lo executivo, como en materia de tercerias, y otros iguales assumptos la notoriedad convence, è instruye, en cuya prueba no es precisso suspenderse, à vista de que no puede dudarse: Digase, que agraviò en diferir, en suspender; mas no en anular, ò vulnerar, que es tan distinto, como se examina. De que lo uno es compatible con la certeza en lo essencial del instrumento, no repugna à lo valido de la obligacion: y lo segundo, y de que el Auto carece era contrario, y opuesto, no solo con la obligacion, si con el mismo Auto, donde quiere suponerse, por lo que và fundado, y prevenido.

36 Mas se esforzàra este punto, trayendo lugares, que si en lo demonstrativo parecen contrarios, en la realidad son para el Colegio favorables; pero lo impide la obligacion de no molestar la Authoridad, y Superior consideracion de la Sala; y con repugnancia de quien dirige se ha formado esta Defensa, porque en

 su

ſu limitado concepto lo diſpenſaba la fundada juſticia del Colegio, quien ha arbitrado practicarlo, porque diſcurre contingente remitir à una breve narrativa las circunſtancias, que el aſſumpto incluye, è informa. Y aunque el intento del acreedor es reintegrar ſu deſcubierto, que verifica inſtrumentalmente el laſto, lo es igualmente no aſſentir à que el Marquès difunto pierda los ſufragios, que diſpuſo, y diſcurriò perpetuos quando vivo, y ſi en favor de la exiſtencia, y continuacion de eſtos hay tan duplicados fundamentos, que por la Sala ſe tendràn preſentes, y de los quales no ſon parte los anotados, ſino es lo mas leve: ſi ſe trata de una cauſa piadoſa, y en favor del Padre difunto, y aun de las herederas, que impugnan, parece que el Colegio funda ſu confianza, en que la Sala ſe ſirva declarar, que el Juez de la Santa Igleſia, en el recurſo intentado, no hace fuerza. Aſsi lo eſpera. Salvo, &c.

Lic. D. Pedro Montemayor y Pizarro.

su limitado concepto lo dispensaba, fundada justicia del Colegio, a quien ha assistido practicandolo, porque discurre contingente remitir á una breve narrativa las circunstancias, que el assumpto incluye, é informa. Y aunque el intento del acreedor es reintegrar su descubierto, que verifica instrumentalmente el lado, lo es igualmente no assentir á que el Marqués difunto pierda los sufragios, que dispuso, y discurrió perpetuo quando vivo; y si en favor de la existencia, y continuacion de ellos hay tan duplicados fundamentos, que por la Sala se tendrán presentes, y de los quales no son parte los anotados, sino es lo mas leve: si se trata de una causa piadosa, y en favor del Padre difunto, y aun de las herederas, que impugnan, parece que el Colegio funda su confianza, en que la Sala se sirva declarar, que el Juez de la Santa Iglesia, en el recurso intentado, no hace fuerza. Assi lo espera. Salvo, &c.

Lic. D. Pedro Montemayor y Pizarro.